



« Toulouse Capitole Publications » est l'archive institutionnelle de l'Université Toulouse 1 Capitole.

Le Conseil constitutionnel et la théorie des nullités de la procédure pénale

BOTTON ANTOINE

Référence de publication : BOTTON (A.), « Le Conseil constitutionnel et la théorie des nullités de la procédure pénale », *La Semaine Juridique. Edition Générale* (JCP G) (5), 2016.

Pour toute question sur Toulouse Capitole Publications, contacter portail- publi@ut-capitole.fr

Le Conseil constitutionnel et la théorie des nullités de la procédure pénale

Dans cette décision, le Conseil déclare inconstitutionnelle l'exclusion, par le législateur, de tout recours en nullité en cas de violation de l'obligation d'enregistrement sonore des débats de cour d'assises. Si la solution ne surprend pas au regard tant de la jurisprudence constitutionnelle récente que de la spécificité de la procédure d'assises, elle est néanmoins inédite : le Conseil s'immisçant (consciemment ?) dans la théorie complexe des nullités de la procédure pénale.

Cons. const., 20 nov. 2015, n° 2015-499 QPC : JurisData n° 2015-025922

LE CONSEIL CONSTITUTIONNEL - (...)

- 2. Considérant que, selon le requérant, en prévoyant que les dispositions de l'article 308 du code de procédure pénale imposant l'enregistrement sonore des débats de la cour d'assises ne sont pas prescrites à peine de nullité, les dispositions du dernier alinéa de ce même article méconnaissent les garanties découlant de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 et portent atteinte au principe d'égalité devant la justice ;
- 3. Considérant qu'aux termes de l'article 16 de la Déclaration de 1789 : « Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution » ; que sont garantis par cette disposition le droit des personnes intéressées à exercer un recours juridictionnel effectif ainsi que le respect des droits de la défense qui implique le droit à une procédure juste et équitable ;
- 4. Considérant que, conformément aux dispositions du deuxième alinéa de l'article 308 du code de procédure pénale, les débats de la cour d'assises font l'objet d'un enregistrement sonore sous le contrôle du président de cette cour ; qu'en vertu du troisième alinéa de ce même article, cet enregistrement peut être utilisé jusqu'au prononcé de l'arrêt, devant la cour d'assises statuant en appel, devant la cour de révision et de réexamen saisie d'une demande en révision, ou, après cassation ou annulation sur demande en révision, devant la juridiction de renvoi ; que, devant la cour d'assises, cette utilisation peut être ordonnée d'office, sur réquisition du ministère public, à la demande de l'accusé ou de la partie civile dans les conditions fixées par les articles 310 et suivants du code de procédure pénale ; qu'il résulte de ces dispositions que le législateur a conféré aux parties un droit à l'enregistrement sonore des débats de la cour d'assises ; qu'en interdisant toute forme de recours en annulation en cas d'inobservation de cette formalité, les dispositions contestées méconnaissent les exigences de l'article 16 de la Déclaration de 1789 ; que, dès lors, sans qu'il soit besoin d'examiner les autres griefs, les dispositions du dernier alinéa de l'article 308 du code de procédure pénale doivent être déclarées contraires à la Constitution (...)
- 6. Considérant, que l'abrogation immédiate des dispositions déclarées contraires à la Constitution, d'une part, serait susceptible d'entraîner la nullité ou d'empêcher la tenue d'un nombre important de procès d'assises et, d'autre part, remettrait en cause l'absence de sanction par une nullité procédurale de la méconnaissance des dispositions de l'article 308 du code de procédure pénale autres que celles de son second alinéa ; qu'elle aurait ainsi des conséquences manifestement excessives ; que, dès lors, il y a lieu de reporter au 1^{er} septembre 2016 la date de l'abrogation des dispositions déclarées contraires à la Constitution afin de permettre au législateur de remédier à cette déclaration d'inconstitutionnalité ; que les arrêts de cours d'assises rendus jusqu'à cette date du 1^{er} septembre 2016 ne peuvent être contestés sur le fondement de cette inconstitutionnalité,

Décide :

- Art. 1^{er}. - Le dernier alinéa de l'article 308 du code de procédure pénale est contraire à la Constitution.
- Art. 2. - La déclaration d'inconstitutionnalité de l'article 1^{er} prend effet au 1^{er} septembre 2016 dans les conditions fixées au considérant 6 (...)

M. Debré, prés., Mmes Bazy Malaurie, Belloubet, Maestracci, MM. Canivet, Denoix de Saint Marc, Hyest, Jospin ; SCP Spinosi et Sureau, av.

La juridictionnalisation constitutionnelle de la procédure pénale ne se limite pas au seul stade de l'enquête. Si quelques décisions récentes ont effectivement concentré l'attention sur cette phase (V. à ce propos et notamment, notre étude, *A. Botton, Le rôle du Conseil constitutionnel dans le processus de juridictionnalisation de l'enquête pénale, in La juridictionnalisation de l'enquête pénale (ss dir. O. Décima) : Cujas, 2015, p. 55*), la présente décision nous rappelle que l'article 16 de la Déclaration de 1789, siège du droit à un recours juridictionnel effectif, concerne tout le procès et, surtout, tous types de recours.

En l'occurrence, la question prioritaire de constitutionnalité visait l'article 308 du Code de procédure pénale relatif à l'enregistrement sonore des débats de cour d'assises. Précisément, le requérant reprochait à cette disposition d'imposer, dans son deuxième alinéa, un tel enregistrement sonore tout en excluant, dans son dernier, le recours en nullité en cas de méconnaissance de cette obligation ; bref, de fixer une obligation sans l'assortir de sanction.

La requête reposait ainsi sur deux griefs : la méconnaissance du droit à un recours juridictionnel effectif découlant de l'article 16 de la Déclaration DHC, d'une part, et la rupture d'égalité entre les justiciables résultant d'une mise en œuvre potentiellement aléatoire - car dépourvue de sanction - de l'obligation d'enregistrement, d'autre part.

Le Conseil constitutionnel, dans la décision commentée, n'examine que le premier grief, celui-ci lui paraissant suffire à déclarer inconstitutionnelle l'interdiction de tout recours en nullité, prévue au dernier alinéa de l'article 308 du Code de procédure pénale, en cas d'irrespect de l'obligation d'enregistrement sonore des audiences de cour d'assises. En conséquence, il abroge, avec report d'effet au 1^{er} septembre 2016, les dispositions contestées.

La solution, si peu surprenante soit-elle au regard tant de la jurisprudence constitutionnelle récente que de la spécificité de la procédure d'assises (1), est néanmoins inédite : le Conseil s'immisçant - sans s'en rendre compte ? - dans une théorie à la complexité bien connue, celle des nullités de la procédure pénale (2).

1. Une décision peu surprenante : l'inconstitutionnalité d'une exclusion légale de recours juridictionnel

Si la solution commentée n'est pas exempte de critiques (V. *infra*, 2), il faut reconnaître ici qu'elle semblait annoncée aussi bien par l'importance prise par le droit au recours juridictionnel effectif dans le cadre du contrôle *a posteriori* que par le principe d'oralité présidant à l'audience criminelle.

En premier lieu, le droit à un recours juridictionnel effectif, découlant de l'article 16 de la Déclaration DHC, fonde en effet un certain nombre de déclarations d'inconstitutionnalité récentes de dispositions de procédure pénale.

Ainsi, s'agissant de la phase d'enquête, le Conseil constitutionnel a-t-il jugé contraire à l'article 16 de la Déclaration DHC, l'absence de recours juridictionnel contre la décision de destruction d'objets saisis par le procureur de la République (*Cons. const.*, 11 avr. 2014, n° 2014-390 QPC : *JurisData* n° 2014-007771 ; *JCP G* 2014, act. 478), la décision d'extension d'un mandat d'arrêt européen (*Cons. const.*, 14 juin 2013, n° 2013-314 QPC : *JurisData* n° 2013-012009 ; *JCP G* 2013, act. 733 ; *JCP G* 2013, 842, A. Levade) ou encore, la décision du juge du siège autorisant les visites domiciliaires, perquisitions et saisies dans les lieux de travail dans le cadre d'une procédure spécifiquement régie par le Code du travail (*Cons. const.*, 4 avr. 2014, n° 2014-387 QPC : *JurisData* n° 2014-006914 ; *JCP G* 2014, act. 452).

Si elle est remarquable dans le domaine peu juridictionnalisé qu'est l'enquête pénale, cette jurisprudence ne s'y cantonne évidemment pas, l'exigence d'un recours juridictionnel effectif ayant eu l'occasion de s'appliquer aux phases d'instruction (V. not. *Cons. const.*, 16 oct. 2015, n° 2015-494 QPC : *JurisData* n° 2015-023151, procédure de restitution, au cours de l'information judiciaire, des objets placés sous main de justice) et de jugement (outre la décision commentée, V. not. *Cons. const.*, 13 juin 2014, n° 2014-403 QPC : *JurisData* n° 2014-014843 ; *JCP G* 2014, act. 713, caducité de l'appel de l'accusé en fuite).

De même le Conseil constitutionnel ne limite-t-il pas ses censures aux seules hypothèses d'absence de recours, jugeant parfois le recours prévu par la loi insuffisant au regard de l'article 16 de la Déclaration de 1789 (V. *Cons. const.*, 16 oct. 2015, n° 2015-494 QPC, *préc.*).

En somme, les décisions antérieures du Conseil annonçaient la censure de telles dispositions d'exclusion du recours juridictionnel. La décision commentée n'a donc rien de surprenant et ce, d'autant plus que la formalité d'enregistrement est indéniablement liée à un principe directeur de la procédure criminelle : l'oralité des débats.

En second lieu, les dispositions attaquées sont effectivement en lien avec l'exigence d'oralité des débats qui, suivant une jurisprudence ancienne et constante (V. not. *Cass. crim.*, 7 janv. 1841 : *Bull. crim.* 1841, n° 1. - *Cass. crim.*, 24 juin 1998, n° 97-84.657 : *JurisData* n° 1998-003472 ; *Bull. crim.* 1998, n° 205), constitue un principe directeur du procès d'assises. Précisons que, suivant ce principe, l'intime conviction des jurés et de la cour doit se forger exclusivement en considération des débats tenus devant eux et non suivant les pièces de la procédure. Cette exigence, si elle connaît quelques inflexions (V. à cet égard, *CPP*, art. 347, al. 4 permettant l'examen de pièces de la procédure lors des délibérations), n'en a pas moins des répercussions concrètes sur la tenue des débats d'assises. On peut notamment mentionner ici l'impossibilité pour le président de la cour de lire les déclarations et dépositions faites au cours de l'instruction en remplacement de l'interrogatoire de l'accusé et/ou de l'audition des témoins (V. sur l'ensemble de cette jurisprudence *Rép. pén.* Dalloz, V° *Cour d'assises*, n° 239 et s., M. Redon).

Or, l'enregistrement sonore des débats ne participe-t-il pas justement de ce principe d'oralité ? Comment est-il possible aux juges *lato sensu* de ne s'en tenir - du moins, en priorité - qu'à ce qui a été *dit*, sans en garder une trace *sonore* potentiellement exploitable lors des délibérations ou lors d'instances ultérieures, en appel, cassation, révision ou encore réexamen ?

C'est d'ailleurs justement en considération de cette spécificité de la procédure criminelle que la loi n° 2014-640 du 20 juin 2014, relative à la réforme des procédures de révision et de réexamen d'une condamnation pénale définitive (*JCP G 2014, act. 777, Aperçu rapide F. Fournié*), a fait de la *faculté* d'enregistrement sonore des débats, résultant quant à elle de la loi n° 81-82 du 2 février 1981, une *obligation*. En effet, comme le relève le commentaire officiel de la présente décision (accessible en ligne sur http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank/download/2015499QPC2015499qpc_ccc.pdf, p. 4), le législateur de 2014 avait précisément pour objectif de permettre la caractérisation d'un « *fait nouveau* » ou d'un « *élément inconnu de la juridiction au jour du procès* », ouvrant la voie de la révision (*CPP, art. 622*), en permettant à la cour de révision et de réexamen de consulter les enregistrements sonores des débats. Comment, il est vrai, déterminer la nouveauté d'un fait ou d'un élément sans connaître le contenu de ce qui a, en vertu du principe d'oralité, *seul* été jugé : les éléments débattus lors de l'audience ?

Aussi l'obligation d'enregistrement sonore résultant de la loi de juin 2014 nous semble-t-elle procéder du principe d'oralité, en dotant ce dernier d'un relais technique indispensable. Au risque de se répéter, comment mieux respecter ce qui a été *dit*, quant au fond, mais surtout quant à la forme, qu'en en réalisant un enregistrement *sonore* ?

En déclarant alors contraire au droit au recours juridictionnel effectif l'exclusion du recours contre le défaut d'enregistrement sonore, **le Conseil constitutionnel semble aussi bien se conformer à la jurisprudence qu'il développe depuis quelques années que tirer les conséquences constitutionnelles d'une obligation qui, issue de la loi précitée de juin 2014, participe d'un principe directeur de la procédure criminelle. Si, en cela, la solution commentée ne surprend pas, il n'en demeure pas moins qu'elle revêt un caractère inédit, le Conseil abrogeant une disposition d'exclusion d'un recours en nullité de la procédure et s'immisçant ainsi, consciemment ou non, dans la théorie, on ne peut plus trouble, des nullités de la procédure pénale .**

2. Une décision inédite : l'immixtion constitutionnelle dans la théorie des nullités de la procédure pénale

Dans la présente décision, le Conseil constitutionnel ne déclare pas inconstitutionnelle n'importe quelle exclusion législative de recours. Il reproche effectivement au législateur d'avoir proscrit, par principe, tout recours en *nullité* en cas d'irrespect des formalités prévues par l'article 308 du Code de procédure pénale, au premier rang desquelles figurait celle seule en cause ici, l'obligation d'enregistrement sonore.

Si bien que le Conseil dénie ici au législateur une faculté que jusque-là personne ne lui contestait : le choix de prescrire à peine de nullité ou non les formalités procédurales qu'il prévoit. Suivant le raisonnement qu'il conduit dans sa décision, c'est bel et bien parce que « le législateur a conféré aux parties un droit à l'enregistrement sonore des débats de la cour d'assises » qu'« en interdisant toute forme de recours en annulation en cas d'inobservation de cette formalité, les dispositions contestées méconnaissent les exigences de l'article 16 de la Déclaration de 1789 » (V. *commentaire officiel, préc.*, p. 11). En d'autres termes, en prévoyant un droit au profit des parties, le législateur ne pouvait que le prescrire à peine de nullité, ce qui revient à le priver de toute faculté de choix quant à l'opportunité non pas du droit lui-même mais de sa sanction éventuelle (V. à cet égard, *commentaire officiel, préc.*, p. 10 et 11).

La solution appelle plusieurs remarques portant sur les incidences de cette intrusion constitutionnelle dans

la théorie des nullités de la procédure pénale ; théorie s'articulant, pour rappel, autour d'une double distinction : nullités textuelles/substantielles, d'une part, nullités d'ordre public/d'intérêt privé, d'autre part (V. not. sur ces classifications, J. Pradel, *Procédure pénale : Cujas*, 2015, 18^e éd., n° 820 et s.).

Or le commentaire de la décision doit, selon nous, suivre cette double distinction. Précisément, si la décision bouleverse assurément le diptyque nullités textuelles/nullités substantielles, elle instaure également une différence de protection constitutionnelle entre les nullités d'intérêt privé et celles d'ordre public.

En premier lieu, jusqu'à la présente décision, les choses étaient simples - relativement aux méandres du régime considéré -, aux nullités prévues expressément par un texte s'ajoutent les cas de nullité qui, dégagés par le juge, s'attachent aux formalités substantielles. On retrouve d'ailleurs trace de cette dichotomie dans l'article 802 du Code de procédure pénale qui vise les « *cas de violation des formes prescrites par la loi à peine de nullité ou d'inobservation des formalités substantielles* ».

Or ne faut-il pas, à la lecture de la décision commentée, ajouter une troisième catégorie : celle des nullités *constitutionnelles* ? Aux nullités prévues par le législateur et celles découvertes par le juge pénal, ne doit-on pas effectivement adjoindre celles impliquées par le droit constitutionnel à un recours juridictionnel effectif ? C'est ce qui pourrait, à première vue, être inféré de la présente décision.

À ce point de vue il pourrait cependant être opposé que le Conseil constitutionnel, sans créer lui-même un cas de nullité, se contente en réalité d'en imposer la prévision par le législateur, la nullité demeurant alors *textuelle*, bien que procédant de la seule volonté du Conseil. Si juste soit l'objection, encore faut-il relever que la nullité en question ne trouve sa source ni dans la volonté du législateur, ni dans celle du juge. En sorte que si l'on envisage la classification des cas de nullités en considération de leur source - ce qui est le cas de celle distinguant les nullités textuelles des nullités substantielles -, il est impossible de nier ici l'avènement d'une nouvelle catégorie de nullités.

Cet aspect de la décision suscite, à nos yeux, quelques inquiétudes. Constitue-t-elle, en effet, le point de départ d'une jurisprudence constitutionnelle consistant à discriminer au sein du Code de procédure pénale les formalités devant, au nom de l'article 16 de la Déclaration de 1789, être prescrites à peine de nullité ? Au-delà de la présente hypothèse d'une *exclusion* expresse du recours en nullité par le législateur, le Conseil ira-t-il jusqu'à déclarer inconstitutionnelle la simple *absence* de prescription législative à peine de nullité d'une formalité procédurale ? Si tel était le cas, il faut bien admettre que la décision commentée ouvrirait des perspectives vertigineuses, tant la quasi-totalité des formalités du Code de procédure pénale ne sont pas *textuellement* prescrites à peine de nullité. Sans doute, cependant, le Conseil tiendrait compte, lors de son examen, de l'éventuelle reconnaissance jurisprudentielle d'un cas de nullité *substantielle*, ce qui le conduirait alors à déclarer la disposition attaquée conforme au droit à un recours juridictionnel effectif nonobstant l'absence de prévision légale. La conjecture n'est pour autant pas plus rassurante : le Conseil constitutionnel serait alors tenu de plonger (pour s'y noyer ?) dans les profondeurs d'une jurisprudence dont la clarté n'est pas la première vertu.

À moins qu'il n'use justement de la seconde classification des nullités - ordre public/intérêt privé - afin de cantonner la portée de la solution examinée.

En second lieu, il faut effectivement rappeler que l'existence, suivant le Conseil, d'un droit pour les parties

à l'enregistrement sonore des débats de la cour d'assises fonde sa déclaration d'inconstitutionnalité. Répétons-le, c'est parce que les parties disposent de ce droit que l'exclusion législative du recours en nullité est inadmissible au regard de l'article 16 de la Déclaration DHC.

La formalité n'étant, selon lui, prévue qu'au profit des parties au procès, le recours en nullité découlant de son irrespect relève dès lors non de l'ordre public mais de leur seul intérêt privé. Cette interprétation est d'ailleurs corroborée par la lecture du commentaire officiel de la décision qui, opposant « droit du justiciable » et « mesure d'administration judiciaire », affirme, d'une part, que l'enregistrement sonore relève de la première catégorie et, d'autre part, que cette appartenance implique l'ouverture d'un recours en nullité au profit des parties (*commentaire officiel, préc., p. 10 et 11*).

Si bien que **l'exigence constitutionnelle d'un recours en nullité semble dépendre du caractère privé de l'intérêt lésé, celle-ci s'avérant *a contrario* inopérante lorsque la formalité relève de l'organisation de la justice et partant, de l'ordre public**. Le point de vue n'est, à l'évidence, pas sans conteste.

Tout d'abord, concernant précisément l'obligation d'enregistrement sonore des débats d'assises, comment estimer qu'elle ne concerne que le seul intérêt privé des parties au procès ? L'enregistrement, en constituant un relais technique du principe d'oralité des débats (V. *supra*, 1), participe nécessairement à la bonne administration de la justice criminelle. Comme le principe dont il est l'accessoire, l'enregistrement garantit effectivement que l'intime conviction de la cour et des jurés se forge en considération de ce qui a été réellement *dit* et *débattu* lors de l'audience. En sorte que le raisonnement ici tenu par le Conseil constitutionnel repose sur une base bien fragile : l'intérêt de la formalité d'enregistrement n'est pas, sinon essentiellement, du moins exclusivement d'ordre privé.

Ensuite, au-delà de l'espèce, **la solution du Conseil constitutionnel mène à une incongruité : l'exigence d'un recours juridictionnel effectif ne concerne que les seules formalités prévues dans l'intérêt privé d'une partie au procès. Les formalités relevant de l'ordre public, édictées dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice, ne bénéficiant dès lors d'aucune protection constitutionnelle.**

La solution, découlant sans aucun conteste de la distinction opérée par le Conseil, contrevient alors directement au principe fondamental du régime des nullités de la procédure pénale : les formalités d'ordre public supposent une protection supérieure à celle des formalités d'intérêt privé. À ce titre, il suffit de rappeler que le seul constat de la violation d'une formalité d'ordre public emporte automatiquement la nullité de l'acte litigieux et ce, sans qu'il soit nécessaire pour celui qui l'invoque de démontrer un quelconque grief. À l'inverse, les nullités dites « d'intérêt privé » sont, quant à elles, soumises à l'exigence de démonstration d'un grief résultant de l'article 802 du Code de procédure pénale (V. sur cette différence de régime, *JCl. Procédure pénale, Art. 802, fasc. 20, n° 90 et s., par A.-S. Chavent-Leclère*).

Aussi, **en offrant une protection constitutionnelle moindre - car nulle - aux formalités d'ordre public, le Conseil constitutionnel fait-il (consciemment ?) abstraction de la logique même du régime pénal des nullités**.

Le constat invite alors, en conclusion, à regretter la manière dont le Conseil s'est ici invité dans le débat relatif aux nullités de la procédure pénale. Si en elle-même, l'immixtion est souhaitable - compte tenu de l'ineffectivité souvent constatée du recours en nullité -, il est toutefois à espérer que le juge constitutionnel

adapte ses solutions à la spécificité du régime concerné ; spécificité dont la prise de conscience constitue, selon nous, la condition *sine qua non* d'une constitutionnalisation satisfaisante de la matière